Das Prüfungsrecht des Staatsbeamten gegenüber Dienstbefehlen seiner Vorgesetzten.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde bei der
Juristischen Fakultät der Universität Breslau

eingereicht von

Karl Giehler,
Referendar.

1912.
Hirschberg i. Schl.
Schlesische Verbandsdruckerei G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Brie.

Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhalts-Verzeichnis.

Literatur-Verzeichnis.

Anschütz: Deutsches Staatsrecht in Holtzendorffs Enzyklopädie. 1905.
Arndt: Reichsbeamtengesetz. Berlin 1908.
Arndt: Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. Berlin 1901.
Bauer: Die rechtlichen Grenzen der Gehorsamspflicht und die Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen. Hirths Annalen 1902.
Bluntschli: Allgemeines Staatsrecht, 2. Band. München 1863.
Bornhak: Preußisches Staatsrecht. Freiburg 1888/89.
Buchmann: Ist der Staatsbeamte verpflichtet, rechtswidrige Dienstbefehle seiner Vorgesetzten zu befolgen? Dissertation. Breslau 1909.
van Calker: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen. München und Leipzig 1891.
Cosack: Das Staatsrecht des Großherzogtums Hessen. Leipzig 1894.
Freund: Die Verantwortlichkeit der Beamten für die Gesetzmäßigkeit ihrer Amtshandlungen. Archiv für öffentliches Recht. 1. Band. 1886.
v. Gerber: Grundzüge des deutschen Strafrechts. Leipzig 1880.
Gönner: Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der National-ökonomie. Landshut 1808.
Hecker: Über das Verhältnis des Zivilstrafrechts zum Militärstrafrecht. Berlin 1885. Lehrbuch des deutschen Militärstrafrechts. Stuttgart 1887.
Heilborn: Die Pflicht des preußischen und des Reichsbeamten zur Befolgung rechtswidriger Dienstbefehle. In der Festschrift Otto Gierke zum 70. Geburtstage 1911.
Jellinek, Walter: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. Tübingen 1908.
v. Koppmann: Kommentar zum Militärgesetzbuch. München 1903.
Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Tübingen 1911. Band 1 u. 2. Tübingen und Leipzig 1901. Band 3 und 4.
Layer: Im österreichischen Staatswörterbuch. Wien 1909.
v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1908.
Löning: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1884.
Mayer, M. E.: Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten. In der Festschrift, Paul Laband gewidmet von der staats- und rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Straßburg. 1908.
Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. Leipzig 1896.
Meyer, Georg: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. Leipzig 1905.
Ober-Verwaltungsgericht: Entscheidungen, Band 19.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. Berlin 1909.
Perels und **Spilling:** Das Reichsbeamtengesetz. Berlin 1906.
Perthes: Der Staatsdienst in Preußen. Hamburg 1838.

Preuß: Das städtische Amtsrecht in Preußen. Berlin 1902.
Radnitzky: Zur Lehre von der Treupflicht im Dienstverhältnisse. Archiv für öffentliches Recht. 1906.
Rehm: Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht. In Hirths Annalen 1885.
Reichsgericht: Rechtsprechung, Band 2, 3, 7; Straffachen, Band 2, 6; Zivilsachen, Band 6.
Reichsmilitärgericht: Entscheidungen, Band 1, 5, 13.
v. Rönne: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Leipzig 1876/77. — Das Staatsrecht der preußischen Monarchie. Leipzig 1899/1905.
Schulze: Das preußische Staatsrecht. Leipzig 1872.
v. Seydel: Bayrisches Staatsrecht. Freiburg und Leipzig 1895.
v. Stengel: Das Staatsrecht des Königreichs Preußen. Leipzig 1894.
Zachariae: Deutsches Staats- und Bundesrecht. Göttingen 1865.
Zorn: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Berlin und Leipzig 1880.

§ 1.

Einleitung.

Eine der bestrittensten Fragen des Beamtenrechts ist die nach dem Prüfungsrecht des Staatsbeamten gegenüber Dienstbefehlen seiner Vorgesetzten. Dieses Thema ist schon so oft bearbeitet worden, daß es müßig erscheinen könnte, es nochmals zu behandeln. Und doch darf die Erörterung nicht zur Ruhe kommen, solange die jetzige Verschiedenheit der Meinungen herrscht. Denn unsere Frage ist zugleich eine der wichtigsten des Beamtenrechts. Auch ist wohl eine Übersicht über die verschiedenen Auffassungen und ihre Vertreter von Nutzen.

Erstes Kapitel.

Der Beamte.

§ 2.

Der Begriff des Beamten.

Unser heutiges Beamtentum und seine Rechtsverhältnisse haben sich in den deutschen Territorien entwickelt. Als die deutsche Landeshoheit etwa seit der Regierung Kaiser Friedrichs II. sich bildete, traten ihr Klerus, Ritterschaft und Städte als Landstände gegenüber. Sie hatten das Steuerbewilligungsrecht und errangen mit dieser Waffe eine große Reihe von Hoheitsrechten über ihre Untertanen bzw. ihr Gebiet und wurden die Organe der Landesverwaltung, aber aus eigenem Recht. Soweit den Fürsten ihre Befugnisse auch der Ausübung nach verblieben waren, ließen sie sie, entsprechend der privatrechtlichen Betrachtungsweise ihres Rechts, durch Hofbeamte wahrnehmen. Etwa seit der Reformation nahmen die Landesherren den Kampf gegen die übermächtigen Stände auf, und zwar mit dauerndem Erfolg. Um die Verwaltung des Landes wieder zu erringen, schufen sie neue Behörden, die nur von ihnen abhängig waren, und gaben ihnen die Bestimmung, die ständischen Organe zu verdrängen. Um dieses Ziel zu erreichen, war eine

straffe Zusammenfassung der neuen Organe erforderlich, auch ergab sich eine strenge Über- und Unterordnung von selbst im Gegensatz zu den mißlich empfundenen früheren Verhältnissen. Zugleich mit dem Sieg des Absolutismus hat sich die Entwicklung unserer heutigen Beamtenhierarchie vollendet.

Obwohl diese Beamten anfangs nur durch die Person des Fürsten mit dem Territorium verbunden waren, hat man sie von Anfang an infolge ihrer Beschäftigung mit den Angelegenheiten des Staates von den Hofbeamten zu unterscheiden gewußt.

Der Dienst, den der Beamte dem Staate leistet, steht im Gegensatz zu demjenigen, den sich der Fiskus durch privatrechtliche Verträge, und denjenigen, den sich der Staat in Ausübung seiner Hoheitsrechte verschafft, ohne daß die Dienstpflichtigen dadurch in ein näheres Verhältnis zum Staate treten, wie Schöffen, Vormünder.

Im wesentlichen ist die Definition des A.L.R. in II, 10, §§ 1 bis 3 auch heute noch richtig. Ungenauer ist die Bezeichnung des § 359 St.G.B., sie beansprucht auch nur für „dieses Strafgesetz" Geltung. Das Reichsbeamtengesetz setzt den Begriff voraus. Die entscheidenden Merkmale enthält ein Urteil des Reichsgerichts,[1] in dem ausgeführt wird, daß der Staatsdienst ein Gewaltverhältnis des Staates gegenüber dem Beamten voraussetze, und daß die dem Staate geleisteten Dienste mittelbar oder unmittelbar zur Förderung staatlicher Zwecke bestimmt sein müßten. Diesem Gewaltverhältnisse entspricht auf seiten des Beamten neben der Gehorsams- eine umfassende, nicht nur ethische, sondern auch rechtliche Treupflicht. Sie gebietet dem Beamten, alles zu tun, was nach seiner Ansicht dem Staate nützt, und alles zu unterlassen, was nach seiner Ansicht dem Staate schadet. Der Beamte hat „mit seiner ganzen Persönlichkeit für die Erfüllung der ihm übertragenen staatlichen Aufgaben einzustehen".[2]

Nicht wesentlich ist für den Begriff, daß der Beamte in seine Ernennung einwilligt, oder daß er, wie insbesondere Laband[3] will, einen Vertrag mit dem Staate schließt. Tatsächlich wird die Einwilligung zur Bedingung der Ernennung gemacht, weil die schwer erzwingbare Erfüllung der Treupflicht von einem Widerstrebenden kaum zu erwarten ist. Auch ist nicht erforderlich die Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse[4] — das zeigt sich überall da, wo der

---

[1] R.G.Z. VI S. 107. [2] Layer im Österr. Staatsw. Artikel Staatsdienst.
[3] Laband a. a. O. I S. 433. [4] a. M. Zorn a. a. O. I S. 226.

Staat als Fiskus auftritt — schließlich weder Besoldung noch Berufsmäßigkeit. Manche Beamte erfüllen den Staatsdienst neben einer anderen Hauptbeschäftigung, so die Ehrenbeamten und die Privat-Forstbeamten und Eisenbahnangestellten, die nebenbei die Polizei ausüben. Insoweit sind sie in den staatlichen Behördenorganismus eingegliedert und erhalten Dienstbefehle mit derselben Kraft wie jeder andere Beamte.

§ 3.
Einteilungen der Beamten.

Das A.L.R. teilt die „Diener des Staates" ein in „Militärbediente" und „Zivilbeamte", und es scheint das ganze Heer hierher zu rechnen. Heute scheidet man gewöhnlich diejenigen, die lediglich ihrer Militärpflicht genügen, von den übrigen Gliedern der bewaffneten Macht, und man bezeichnet nur diese letzteren als Beamte, und das nur im weiteren Sinne.[1] Militärbeamte sind Beamte im engeren Sinne, die unter dem Kriegsminister oder Chef der Admiralität als Verwaltungschefs stehen, aber nicht zum Soldatenstande gehören, sondern nur einen Militärrang haben. In den Ausführungen über das Prüfungsrecht gegenüber Dienstbefehlen sind die militärischen Verhältnisse jedenfalls zu berücksichtigen. Denn ein Teil unserer Beamtenschaft, den auch der Sprachgebrauch dazu rechnet, die Landgendarmerie, ist militärisch organisiert. Schließlich haben die Militärbeamten im Kriege den militärischen Gehorsam zu leisten (M.St.G.B. §§ 153, 154).

Die Zivilbeamten teilt das A.L.R. in II, 10, § 69 ein in unmittelbare und mittelbare. Nur auf die ersteren trifft, streng genommen, unsere Definition zu. Die zweite Gruppe stand und steht in keinem Gewalt- oder Dienstverhältnisse zum Staate, sondern — nach dem A.L.R. — zu gewissen Kollegien, Korporationen und Gemeinen. Dazu gehören außer den Gebietskörperschaften alle Korporationen und auch Einzelpersonen, die staatliche Funktionen erfüllen, z. B. die Provinzial-Feuersozietäten und die Mediatisierten, denen noch hoheitliche Befugnisse verblieben sind. Die genannten Dienstherren müssen „als Behörden in die Verfassung des Staates eingreifen oder doch nach ihrer, dem Endzweck des Staates entsprechenden Bestimmung in den Staatsorganismus als dessen Glieder eingefügt sein."[2] Sie verschaffen sich ihre Dienstleistungen ebenso

---

[1] a. M. Arndt, Staatsrecht S. 551 f. [2] O.V.G. 19 S. 429.

wie der Staat. Ihre Beamten stehen zu ihnen im gleichen Verhältnis wie die Staatsbeamten zum Staate. Weil die Dienstherren der mittelbaren Beamten staatliche Aufgaben erfüllen, heißen auch sie Staatsbeamte. Die Behördenorganisation und das Vorgesetztenverhältnis greift nur innerhalb des dem Staate untergeordneten Organs Platz, entspricht aber genau den Verhältnissen in der direkten Staatsverwaltung. Einzelne mittelbare Staatsbeamte können aber in das System der allgemeinen Landesverwaltung, z. B. als Polizeiverwalter, eingegliedert sein, und insoweit sind sie auch unmittelbare Staatsbeamte.

Seit Gründung des deutschen Reiches zerfallen die Staatsbeamten wieder in Reichs- und Landesbeamte mit verschiedener rechtlicher Stellung. Nur auf die ersteren findet das Reichsbeamtengesetz Anwendung (R.B.G. § 1).

Zweites Kapitel.

Das Prüfungsrecht gegenüber Dienstbefehlen.

§ 4.

1. Die grundsätzliche Gehorsamspflicht.

Die Staatsbeamten sind die Organe des Staates, durch die derselbe handelt. Deshalb dürfen sie ihre Aufgaben nicht unabhängig von einander erledigen, sondern alle im gleichen Sinne, im Sinne des begrifflich einheitlichen Staatswillens. In der Zentralstelle wahrt der Wille des Monarchen und des Ministeriums die Einheit, und die untergeordneten Beamten haben den Weisungen ihrer Vorgesetzten nachzukommen. Grade in den deutschen Staaten ergibt sich das Prinzip der Subordination und der straffen Zusammenfassung der Beamtenschaft aus deren Entstehungsgeschichte.

Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Untergebene zu den höheren oder zu den Unterbeamten zählt. Viele Autoren[1] räumen hier den Richtern eine grundsätzlich andere Stellung ein als den übrigen Beamten, weil sie keiner anderen Autorität als der des Gesetzes unterworfen seien. Die Einheitlichkeit des Staatswillens ist allerdings in der Rechtsprechung zugunsten größerer Unabhängigkeit nicht streng festgehalten. Sie wird nur dadurch gewahrt, daß bei widersprechenden Urteilen das Urteil des unteren Gerichts weichen muß dem Urteil der höheren Instanz. Einerseits jedoch

[1] u. a. v. Rönne, Deutsches Staatsrecht I S. 353.

stehen die Richter außerhalb der Entscheidungen den anderen Beamten gleich; anderseits fallen auch den Verwaltungsbeamten Aufgaben zu, die sie nur nach ihrer eigenen Meinung zu bearbeiten haben. Die Richter üben vorwiegend Geschäfte aus, die entgegen dem Grundsatze der Einheitlichkeit des Staatswillens selbständig zu erledigen sind, während dies bei den Verwaltungsbeamten die Ausnahme bildet.

Die höchsten Beamten, in Preußen die Minister, im Reiche der Reichskanzler, stehen unmittelbar unter dem Könige bzw. dem Kaiser, und dieser wird nicht als Vorgesetzter bezeichnet. Seine Anordnungen ihnen gegenüber, z. B. die Aufforderung zur Gegenzeichnung, sind schon deshalb im konstitutionellen Staate keine Dienstbefehle, weil sie erst durch ministerielle Gegenzeichnung wirksam werden. Der angewiesene Minister ist immer verantwortlich, der sonstige Beamte nicht.

Ähnlich ist die Stellung der obersten Beamten der Selbstverwaltungskörper; auch sie haben keine Vorgesetzten. Wenn die Aufsichtsbehörde Anweisungen erläßt, sind das keine Dienstbefehle. Sie richten sich auch in Wirklichkeit nicht an die Organe, sondern an die von ihnen vertretenen Kommunen.

2. Das Prüfungsrecht im allgemeinen.

§ 5.

a) Der Begriff des Prüfungsrechts.

Auf Nichtbefolgung des Befehls sind durchweg Rechtsnachteile gesetzt, Disziplinarstrafen oder mehr oder weniger schwere kriminelle Strafen. Aber niemand verlangt von dem Beamten blinden Gehorsam. Doch über Art und Umfang des Prüfungsrechts herrscht Streit. Die Wissenschaft hat bisher ein nur einigermaßen allgemein anerkanntes Resultat nicht gefunden. Darüber sind sich wohl alle Autoren einig, daß der Beamte die Pflicht und damit das Recht hat, den Befehl auf seinen wahren Inhalt hin zu prüfen, ähnlich, wie er ein Gesetz auslegt, denn er schuldet, wie Schulze[1] sagt, „intelligenten Gehorsam“. Aber unter Prüfungsrecht des Beamten versteht die Wissenschaft mehr, nämlich das Recht, im Falle der Mißbilligung des erteilten Befehls demselben nicht nachzukommen, oder doch nicht ohne weiteres nachzukommen. In diesem sozusagen technischen Sinne ist das Wort auch den folgenden Ausführungen

[1] Schulze a. a. O. S. 324.

zugrunde gelegt. Unbeschränkt heißt das Prüfungsrecht, wenn der Beamte bei irgend einer Beanstandung schlechthin den Gehorsam verweigern darf. Schon ob das Prüfungsrecht für alle Beamte das gleiche ist, steht nicht fest, ferner nicht, worauf die Prüfung zu richten sei, ob nur auf die formelle, oder auch auf die materielle Seite des Befehls. In letzterer Beziehung haben die meisten Schriftsteller nur die etwaige Widerrechtlichkeit im Auge. Daneben ist aber auch die Zweckmäßigkeit zu beachten, besonders im Interesse des Staates, der Allgemeinheit. Weiter wird darüber gestritten, was der Beamte tun darf oder muß, wenn er den Befehl mißbilligt, ob er ohne weiteres den Gehorsam verweigern oder nur seine Bedenken an der höheren Stelle vortragen soll, schließlich, ob ein Unterschied zu machen sei zwischen offenbaren und zweifelhaften Fällen.

Ebenso wie die Frage, ob der Beamte pflichtwidrig handelt, wenn er einem Befehl nicht nachkommt, ist es streitig, wie im einzelnen Falle das Verhalten des Untergebenen zu beurteilen ist. Die genaue Erörterung würde zu weit führen. Aber daran muß festgehalten werden, daß die Beantwortung der staatsrechtlichen Frage des Prüfungsrechts für die Feststellung der zivil-, disziplinar- und strafrechtlichen Folgen maßgebend ist. Sie muß allem anderen zugrunde gelegt werden und wird dafür einen sicheren und brauchbaren Anhalt geben.

§ 6.

b) Die Quellen des Prüfungsrechts.

Bei jedem Rechtsinstitut liegt es nahe, zuerst nach seinen formellen Quellen zu forschen. Für Preußen deutet V. U. a. 106, indem er den Behörden die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter königlicher Verordnungen untersagt, indirekt auf ein Prüfungsrecht gegenüber anderen Verordnungen, und umsomehr gegenüber Dienstbefehlen hin. Positives geht aber im einzelnen nicht hervor. Die Grundlage des Beamtenrechts bildet A.L.R. II, 10. Dieser Titel enthält keine einschlägigen Bestimmungen. Solche finden sich bei der Lehre von den unerlaubten Handlungen I, 6, §§ 45 bis 47, und von den Verbrechen und Strafen II, 20, § 343. Diese Teile sind durch das B.G.B. und St.G.B. aufgehoben worden. Jedoch spricht E.G.St.G.B. § 2 nur von strafrechtlichen und E.G.B.G.B. a. 55 nur von privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze, die außer Kraft treten sollen. Soweit sie indirekt staatsrechtliche Fragen

mit geregelt haben, sind sie noch heute in Kraft.[1] Die zitierten Stellen des A.L.R. lauten: II, 10, § 45: „Wer den Befehl dessen, dem er zu gehorchen schuldig ist, vollzieht, kann in der Regel zu keinem Schadenersatz angehalten werden." § 46: „Er muß aber dafür haften, wenn die befohlene Handlung in den Gesetzen ausdrücklich verboten ist." § 47: „Wer vermöge seines Standes oder Amtes die Befehle seiner Vorgesetzten ohne Einschränkung zu befolgen verpflichtet ist, von dem kann nicht gefordert werden, daß er einen in Dienstgeschäften ihm geschehenen Auftrag seiner Oberen prüfe." II, 20, § 343: „Der Vorwand, daß er zu pflichtwidrigen Handlungen von seinen Oberen verleitet worden, soll den Unterbedienten von der Strafe nicht befreien." Außerdem gilt noch § 8 Abs. 7 der Reg.-Instr. vom 23. 10. 1817: „Niemals können sie (die Regierungen) etwas verfügen, was einem ausdrücklichen Gesetze entgegenläuft." A.L.R. I, 6, §§ 45 und 47 setzen die Grenzen der Gehorsamspflicht voraus, bestimmen sie in keiner Weise, § 46 und II, 20, § 343 sagen nur etwas über die zivil- und strafrechtliche Haftung, und diese ist nicht ohne weiteres die Grenze des Prüfungsrechts. Die in A.L.R. II, 20, § 343 und in der zitierten Regierungsinstruktion aufgestellten Grundsätze sind eigentlich selbstverständlich, jedenfalls so allgemein gehalten, daß sie für die Lösung der Frage keine Anhaltspunkte im einzelnen abgeben.[2] Es wird in § 12 Seite 19 und § 14 Seite 26 f. noch darauf zurückgekommen.

Ähnlich verhält es sich mit den Bestimmungen des Reichsbeamtengesetzes. Die §§ 10 und 13 lauten: „Jeder Reichsbeamte hat die Verpflichtung, das ihm übertragene Amt der Verfassung und den Gesetzen entsprechend gewissenhaft wahrzunehmen." „Jeder Beamte ist für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich." Grade aus der Entstehungsgeschichte[3] dieser Paragraphen geht hervor, daß auch sie unsere Frage im einzelnen nicht regeln. In der Regierungsvorlage von 1872 stand in § 10 hinter „den Gesetzen" „und sonstigen Anordnungen"; § 13 handelte nur von den formellen Voraussetzungen der gerichtlichen Verfolgbarkeit der Beamten. Der Reichstag wählte in zweiter Lesung folgende Fassung: „Jeder Reichsbeamte hat die Verpflichtung, das ihm übertragene Amt der Verfassung, den Gesetzen und den von seinen Vorgesetzten innerhalb ihrer amtlichen Zuständigkeit getroffenen dienstlichen Anordnungen entsprechend gewissenhaft wahrzunehmen."

---

[1] So auch Heilborn a. a. O. S. 144 und Bornhak a. a. O. II S. 551.
[2] a. M. Bornhak, Heilborn, O. Mayer. [3] s. Perels und Spilling a. a. O. S. 35 ff.

„Jeder Reichsbeamte ist für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich. Hat derselbe jedoch nach den Anordnungen eines Vorgesetzten gehandelt, welche innerhalb des Kreises der amtlichen Zuständigkeit des letzteren und in gesetzlicher Form erlassen waren, so trifft die zivilrechtliche und dienstliche Verantwortung dafür den Anordnenden allein.“ In dritter Lesung wurden beide Paragraphen zu ihrer heutigen Gestalt abgekürzt und 1873 sanktioniert. Die Streichung der gerade für unsere Frage interessierenden Bestimmungen wurde vorgenommen wegen des „Unannehmbar“ der Regierungen. Diese wollten es den Untergebenen nicht zur Pflicht machen, die Zuständigkeit des Vorgesetzten zu prüfen, weil die Ordnung des Dienstes dadurch gefährdet würde.[1] Wenn man nun bedenkt, daß die Verbündeten Regierungen die Reichsgesetze geben und dabei nur an die Zustimmung des Reichstags gebunden sind, so ist nicht, wie Freund meint, die Ansicht eines Abgeordneten maßgebend, sondern der Wille des Bundesrats. Dieser wollte aber unsere Frage gar nicht im einzelnen entscheiden, wohl in dem richtigen Gefühl, daß sie dazu noch nicht genügend geklärt sei. § 13 R.B.G. beseitigt also hauptsächlich die Schranken der gerichtlichen Verfolgbarkeit, im übrigen ist sein materieller Inhalt selbstverständlich.[2] Auch Laband, dessen Theorie sich mit der vom Reichstag gewollten Fassung etwa deckt, stützt sich nicht auf diese.

Nur für die Militärjustizbeamten ist im M.St.G.O. § 97 Abs. 3 eine klare Vorschrift gegeben, und zwar ganz im Sinne der Remonstrationstheorie. Diese Vorschrift ist aber auf andere Beamte nicht analog anzuwenden. Wie Heilborn[3] ausführt, liegen hier besondere Verhältnisse vor. „Es war ein Ausgleich zu schaffen zwischen dem Interesse der Rechtspflege und dem durch den Gerichtsherrn vertretenen militärischen Interesse.“

Es bleibt nun noch zu untersuchen, ob andere als staatsrechtliche Rechtssätze das Prüfungsrecht des Staatsbeamten regeln. § 113 St.G.B. bedroht den Widerstand gegen einen Beamten während der „rechtmäßigen Ausübung seines Amtes“ mit Strafe. Der Begriff der Rechtmäßigkeit wird aber vorausgesetzt und kann auch nicht aus dem Strafrecht entwickelt werden. Die Verhandlungen über diesen Paragraphen im Reichstage sind ebensowenig wie bei den oben erörterten §§ 10, 13 R.B.G. maßgebend.[4] § 110 St.G.B. verbietet die Aufforderung zum Ungehorsam „gegen die von der

[1] s. Freund a. a. O. S. 142. [2] so auch Perels und Spilling a. a. O. S. 45. [3] Heilborn a. a. O. S. 142. [4] a. M. Freund a. a. O. S. 134 f.

Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnungen". Wenn also ein Beamter vermeiden will, daß ungestraft gegen seine Anordnungen zum Ungehorsam aufgefordert werde, muß er seine Zuständigkeit prüfen — gemeint ist wohl die abstrakte Zuständigkeit, und das ist ein ziemlich sicherer Begriff. Darf er sich aber auch dann nach dem Ausfall seiner Prüfung unbedingt richten, wenn ihm der Erlaß einer Anordnung befohlen ist? Dann hätten wir eine feste Grenze, wenigstens für eine Reihe von Fällen, nämlich die eigene Zuständigkeit. Aber der Grundsatz, daß das Prüfungsrecht des einzelnen Staatsangehörigen demjenigen des Beamten genau entsprechen müsse, ist nicht richtig.[1] Ob der Beamte das Recht mißbraucht, darüber entscheidet in der Regel der Disziplinarrichter, ob der einzelne, der Strafrichter. Man kann und muß von dem Beamten einerseits einen weitergehenden Gehorsam verlangen als von dem Bürger. Ersterer ist der Träger des einheitlichen Staatswillens, letzterer braucht sich demselben nur unterzuordnen, kann aber sehr wohl seine eigene Ansicht bis aufs äußerste verteidigen. Nur wo der Bürger den Beamten in seiner Tätigkeit direkt hindern darf, muß sich das Prüfungsrecht decken, sonst würde man den Beamten dem Widerstande aussetzen. Dieser Fall fällt aber unter § 113 St.G.B. Er liegt bei bloßer Aufforderung zum Ungehorsam nicht vor, die Tätigkeit des Beamten ist ja hier schon vorüber. Andererseits ist dem Beamten mitunter ein Prüfungsrecht einzuräumen, wo es der Bürger nicht hat, so in den Fällen, in denen der Beamte allein die Fehlerhaftigkeit eines Befehls erkennen kann. Auch § 110 St.G.B. gibt also keinen Aufschluß.

Für die militärischen Verhältnisse gibt § 47 M.St.G.B. einige Anhaltspunkte.

In bezug auf die Zivilbeamten des Reichs und Preußens und die mittelbaren Staatsbeamten in Preußen ist Georg Meyer[2] darin beizupflichten, daß spezielle Bestimmungen im allgemeinen fehlen. § 147 G.V.G. beschränkt nicht, wie Heilborn[3] meint, das Prüfungsrecht für die Staatsanwaltschaft. Er stellt vielmehr nur den allgemeinen Grundsatz der Subordination für diese Behörde im Gegensatz zu den Richtern auf. Später wendet sich Heilborn selbst dagegen, daß man in Preußen die Polizeibeamten auf Grund von § 1 Abs. 2 des preußischen Gesetzes vom 11. 3. 1850 anders behandeln wolle. Beide zitierte Bestimmungen weichen aber nur wenig von einander

[1] a. M. Freund a. a. O. S. 125 f. [2] G. Meyer a. a. O. S. 513, Anm. 11. [3] Heilborn a. a. O. 140.

ab und haben denselben Sinn. G.V.G. § 147: „Die Beamten der Staatsanwaltschaft haben den dienstlichen Anweisungen ihrer Vorgesetzten nachzukommen.“ § 1^II pr. G. v. 11. 3. 1850: „Die Ortspolizeibeamten sind verpflichtet, die ihnen von der vorgesetzten Staatsbehörde in Polizeiangelegenheiten erteilten Anweisungen zur Ausführung zu bringen.“ Wenn man nun davon ausgeht, daß für beide Beamtenkategorien das A.L.R. als Grundlage gilt, so können die zitierten, fast gleichlautenden Gesetzesstellen nicht in dem einen Falle eine Ausnahme begründen, in dem andern aber nicht. Es finden sich nirgends, außer in A.L.R. I, 6, § 47 Anhaltspunkte dafür, verschiedenen Klassen von Beamten ein verschiedenes Prüfungsrecht zuzuschreiben, und die zitierte Stelle ist, wenn sie überhaupt im wörtlichen Sinne praktisch gewesen ist, durch V.A. a. 106 aufgehoben worden.

In zahlreichen anderen Bundesstaaten dagegen bestehen positive Bestimmungen über das Prüfungsrecht. Georg Meyer führt sie a. a. O. S. 513 auf. Danach hat der Beamte, wenn ihm die Verfassungsmäßigkeit des Befehls zweifelhaft erscheint, nur die Befugnis, seine Bedenken bei der vorgesetzten Behörde geltend zu machen, oder aber er hat zu prüfen, ob die Verfügungen innerhalb der amtlichen Zuständigkeit und in den gesetzlich vorgeschriebenen Formen erlassen sind. Mehr oder weniger beschränken diese Bestimmungen das Prüfungsrecht. Wenn sich nun solche Beschränkungen nach Reichsrecht nicht oder in anderer Weise ergeben, werden die ersteren dadurch berührt? Während Freund[1] anfangs die Frage nach dem Prüfungsrecht ausdrücklich als eine staatsrechtliche, interne bezeichnet, kommt er später[2] zu dem schon oben als falsch gekennzeichneten Resultat, daß schon vor Erlaß des Reichsbeamtengesetzes § 113 St.G.B. das Prinzip des Reichsbeamtengesetzes für alle Beamte, Landesbeamte wie Reichsbeamte, aufgestellt habe. Aber aus § 113 St.G.B. läßt sich nichts schließen, auch nichts über die Geltung landesrechtlicher Normen. Es wird nun R.V. a. 2 zur Begründung der Behauptung herangezogen, daß vom Reichsrecht etwa abweichende landesrechtliche Bestimmungen auch für Landesbeamte beseitigt seien. Löning[3] sagt: „Diese landesrechtliche Bestimmung kann jedoch nicht zur Anwendung kommen, soweit es sich um Ausführung oder Beobachtung von Reichsgesetzen handelt. Das Reich kann niemanden, auch nicht einen Beamten, von der Pflicht, die Reichsgesetze

[1] Freund a. a. O. S. 115. [2] Derselbe a. a. O. S. 143. [3] Löning a. a. O. S. 123.

zu beobachten, befreien.“ Es sind allerdings Fälle denkbar, in denen der Vorgesetzte dem Untergebenen die Verletzung des Reichsrechts befiehlt, und in denen die landesrechtlichen Bestimmungen Gehorsam verlangen. Wollte man dieselben aber deshalb für nicht mehr gültig ansehen zugunsten des reichsrechtlichen Prinzips, soweit es sich um Reichsgesetze handelt, so wäre das ein Eingriff des Reichs in die Zuständigkeit der Einzelstaaten, der offenbar von der Reichsverfassung nicht gewollt ist. Grundsätzlich hat das Reich nur Gesetzgebung und Beaufsichtigung für sich in Anspruch genommen, die Art und Weise des Verfahrens durch die Landesbehörden dagegen dem Landesrecht überlassen. Soweit das anders sein soll, ist es ausdrücklich bestimmt, so in R.V. a. 4 Nr. 13 für die Gerichte. Das Reich kann nur verlangen, daß jeder Landesbeamte, der als Organ seines Staates den Willen dieses Staates bildet, sich nach den Reichsgesetzen richte. Soweit aber nach Landesrecht ein Beamter nur den Willen eines ihm übergeordneten Organs auszuführen hat, kommt für die Verpflichtung zur Befolgung der Reichsgesetze nur der Vorgesetzte in Betracht, nicht der unselbständige Untergebene. An Löning schließt sich M. E. Mayer[1] an, indem er sagt, die allgemein gültigen Normen der Zurechnung könnten nicht landesrechtlich außer Kraft gesetzt werden. Dagegen ist geltend zu machen, daß sich die anderen Rechtsgebiete durchaus dem in unserem Falle grundlegenden Staatsrecht, auch dem partikulären, anzupassen haben, und sich auch, wie z. B. § 113 St.G.B. zeigt, tatsächlich anpassen. Die bekämpfte Ansicht ließe sich auch praktisch schwer durchführen, insbesondere dort, wo, wie im Gewerberecht, das Reichsgesetz durch landesgesetzliche Vorschriften ergänzt oder überhaupt erst anwendbar gemacht wird.

§ 7.

c) Der Einfluß der Staatsform.

Unsere Frage nach dem Prüfungsrecht des Staatsbeamten ist älter als unsere heutige Staatsform, die konstitutionelle Monarchie. Ein Blick auf die Literatur zeigt es. Gönner, van der Becke, Seuffert, Perthes schrieben darüber zur Zeit der absoluten Monarchie. Hat nun die Änderung der Staatsform hier Einfluß gehabt? Auf die Anordnungen des Monarchen selbst sicherlich. Er war vorher in der Ausübung der Staatsgewalt unbeschränkt, auch in der

[1] M. E. Mayer a. a. O. S. 138.

Gesetzgebung an keine Form gebunden. Ein Grund zur Nichtbefolgung der Willensäußerung des absoluten Monarchen ist nicht gut denkbar, er ist der völlig unabhängige Träger der Staatsgewalt. Heute ist er nicht nur selbst an das Gesetz gebunden, sondern ist auch bei jeder Regierungshandlung von der ministeriellen Gegenzeichnung abhängig.

Aber innerhalb der Beamtenhierarchie ist eine derartige Änderung nicht vor sich gegangen. Vor wie nach der Verfassung gab es Gesetze, an denen die Verwaltung ihre Schranken findet, sie sind nur um ein wichtiges vermehrt worden. Vorher wie nachher hat die Möglichkeit rechtswidriger und unzweckmäßiger Dienstbefehle bestanden. Soweit die Verfassung keine positiven Bestimmungen bringt, ändert ihr Bestehen nichts.[1]

Es soll damit nicht bestritten werden, daß praktisch die Einführung der Verfassung einen Einfluß gehabt haben mag. Vorher konnte der Herrscher Befehle, die mit dem geltenden Recht nicht in Einklang standen, durch seine einfache Zustimmung legalisieren, so daß sie nunmehr befolgt werden mußten. Mit dieser Möglichkeit mußte der Untergebene rechnen und war so vielleicht eher geneigt, zu gehorchen. Andererseits hat das Parlament den Zweck, den einzelnen gegenüber der Willkür der Staatsgewalt zu schützen, worin für den Untergebenen wieder ein Antrieb liegt, Befehle auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen.

§ 8.

d) Der Einfluß des Beamtenverhältnisses.

Ähnlich steht es mit dem Einfluß, den die Stellung des Beamten dem Staate gegenüber auf das Prüfungsrecht ausübt. Während dieses Verhältnis früher als einseitig kündbarer Vertrag oder gar als precarium bezeichnet wurde, ist jetzt zur Amtsentsetzung einer der gesetzlich festgelegten Gründe erforderlich, dessen Vorhandensein im formellen Verfahren erwiesen werden muß. Wo die Entlassung, auch die ungerechtfertigte Entlassung, leicht möglich ist, befürchtet der Beamte dieselbe vielleicht eher, wenn er sich zum Hüter der Rechtsordnung macht, als wenn er der Pflichtwidrigkeit seiner Vorgesetzten seine Hilfe leiht. Ist er dagegen in seiner Stellung gesichert, so wird er das ihm zustehende Prüfungsrecht auch ausüben. Deshalb hat man auch die Richter eher und in größerem

[1] ebenso Zachariae a. a. O. II S. 32, a. M. G. Meyer a. a. O. S. 513 und Schulze a. a. O. I S. 325.

Maße unabhängig gemacht als die übrigen Beamten. Der tatsächliche Einfluß der Verschiedenheit des Beamtenverhältnisses ist nicht zu unterschätzen, aber rechtlich hat sie keine Bedeutung. Das gilt nicht nur für die Berufsbeamten, sondern auch für die Ehrenbeamten. Diese sind in ihrer materiellen Lage und sozialen Stellung vom Staate weniger abhängig. Sie sollen vor allem dafür sorgen, daß die allgemeine Landesverwaltung sich den örtlichen Verhältnissen anpaßt und daß der Bureaukratismus und die Vielregiererei des Polizeistaates nicht überhand nehmen. Diesen Zweck erreichen sie, indem sie ihr Prüfungsrecht in den Fällen ausüben, wo es allen anderen Beamten auch zusteht, darüber hinaus aber nicht durch Ungehorsam gegen Dienstbefehle, die ein Berufsbeamter ausführen müßte. Für die Amtsvorsteher ist die Gleichstellung mit den übrigen Verwaltungsbeamten ausdrücklich in § 59 der Kreisordnung in Verbindung mit dem schon oben zitierten § 6 pr. Ges. v. 11. 3. 1850 ausgesprochen.

Drittes Kapitel.

Das Prüfungsrecht des Zivilbeamten im einzelnen.

§ 9.

1. Die Remonstrationstheorie.

Über das Prüfungsrecht des Zivilbeamten sind eine große Anzahl von verschiedenen Theorien aufgestellt worden. Die früher herrschende war die Remonstrationstheorie. Sie wird vertreten u. a. von Gönner, Seuffert, van der Becke, Bluntschli, v. Gerber, Schulze, Zachariae, v. Rönne,[1] und sie findet sich in Landesgesetzen, z. B. in Wü.V.U. § 53 Abs. 2. Ihre Anhänger nennen als feste Grenze, an der die Gehorsamspflicht halt machen müsse, meist die obersten Prinzipien von Sittlichkeit und Recht. Im übrigen suchen sie für die Fälle der Beanstandung des Befehls durch den Untergebenen die Lösung des Konfliktes in einer Gegenvorstellung bei dem Vorgesetzten, in einer Remonstration. Die einen verlangen dieselbe für jeden Fall, die andern nur für den Zweifelsfall, indem sie gegen offenbar rechtswidrige Befehle ohne weiteres das Gehorsamsverweigerungsrecht geben. Den darauf ergehenden Bescheid erklären die meisten dann für unbedingt bindend, sofern nur die oben

---

[1] Gönner a. a. O. S. 201 ff., Freund a. a. O. S. 117 ff., Bluntschli a. a. O. II S. 136 ff., v. Gerber a. a. O. S. 118, Schulze a. a. O. I S. 323, Zachariae a. a. O. II S. 39, v. Rönne pr. Staatsrecht I S. 460 ff.

bezeichnete Grenze eingehalten ist, andere nur für den Zweifelsfall, wie v. Rönne und wohl auch Zachariae. So ergeben sich im einzelnen Verschiedenheiten. Allen Autoren aber ist der Gedanke der Remonstration gemeinschaftlich. Am bekanntesten ist die eingehende und lebhafte Rechtfertigung dieser Lehre durch Gönner[1]: Der Beamte sei, wenn ihm ein Befehl unzweckmäßig erscheine oder ungesetzlich, nicht bloß berechtigt, sondern sogar verbunden, in einer bescheidenen Gegenvorstellung die Gründe vorzutragen; die Pflicht der Remonstration ergäbe sich aus der Pflicht des Beamten, den Regenten und den Staat vor Schaden zu warnen, und das Schädliche ungerechter oder unzweckmäßiger Befehle könne nicht geleugnet werden; man müsse immer von dem Satze ausgehen, weder der Regent noch seine Behörden wollten etwas Ungerechtes oder dem Staate Schädliches; jeder ihrer Befehle, in welchem man etwas Ungerechtes oder Gemeinschädliches zu entdecken glaube, müsse angesehen werden, als ruhe er auf einer irrigen Voraussetzung; das dixi et liberavi animam sei also untrennbar; bestehe aber die Regierung auf ihrem Befehle, dann bleibe dem Staatsdiener nichts als gloria obsequii übrig; eine offenbare Widersetzlichkeit sei ohnehin tatsächlich kaum durchführbar und würde unrettbar zur Anarchie führen.

Laband[2] nennt diese Theorie „keine Lösung der Frage, sondern eine praktisch wertlose Umgehung derselben"; ein rechtswidriger und an sich nichtiger Befehl könne nicht dadurch Rechtswirksamkeit erlangen, daß er zweimal erteilt werde. Damit ist die Theorie völlig widerlegt, und doch ist ihr Gedanke nicht so ohne weiteres von der Hand zu weisen. Wenn alle Rechtsbegriffe für jeden in jedem Augenblick klar erkennbar wären, hätten wir wohl unsere ganze Frage nicht. Nun werden aber dieselben Tatsachen von verschiedenen Menschen verschieden beurteilt. Deshalb kann der Untergebene nach der Remonstration infolge der ihm erteilten Belehrung sehr wohl das vorher als rechtswidrig Bezeichnete für rechtmäßig halten; umgekehrt kann der Vorgesetzte seine Ansicht der des Untergebenen anpassen. Vor allem kann er den Befehl ändern, wenn ihm der Untergebene bessere, „auf Lokalverhältnissen beruhende Gegengründe" bringt. So sagen auch Perels und Spilling[3]: „Es gilt aber" — gemeint ist wohl in der Praxis — „als ein Recht und je nach den Umständen als eine Pflicht des beauftragten Beamten, in einzelnen Fällen etwa sich ergebende Bedenken gegen

[1] Gönner a. a. O. S. 202 ff. [2] Laband a. a. O. I S. 461. [3] Perels u. Spilling a. a. O. S. 37.

die Ausführung der höheren Orts erteilten Anordnung an zuständiger Stelle vorzutragen." Die Remonstration kann oft den Konflikt der Pflichten vermeiden und ist, wenn sie irgend angängig ist, durchaus am Platze. Eine befriedigende Lösung aber — darin ist Laband beizustimmen — bringt die Theorie nicht. Praktisch ist die Gegenvorstellung nicht durchführbar, wenn die Ausführung des Befehls sofort verlangt wird, oder wenn der Verkehr des Vorgesetzten mit dem Untergebenen aus einem anderen Grunde untunlich ist. Auch braucht bei erfolgter Remonstration keiner der Beteiligten sich dem anderen anzupassen, dann ist sie völlig nutzlos gewesen. Es ergeben sich dann als Grenzen des Prüfungsrechts für die meisten Anhänger der Theorie nur die obersten Grundsätze von Sittlichkeit und Recht. Diese Formel ist aber zu allgemein, um zu befriedigen, und sie beschränkt den Untergebenen offenbar zu sehr. Er müßte danach auch gehorchen, wenn er vielleicht gerade bei der Remonstration den bösen Willen des Vorgesetzten kennen gelernt hat.

§ 10.

2. Die Theorie des unbeschränkten Prüfungsrechts.

Einige Autoren behaupten ein unbeschränktes Prüfungsrecht, so daß der Beamte keinen Befehl auszuführen brauche, der ihm in irgend einer Beziehung nicht rechtmäßig zu sein scheine. Hierher gehören Bornhak, Löning, Perthes.[1] Bornhak behauptet eine Pflicht zur Prüfung und Gehorsamsverweigerung nur, wenn der Inhalt des Befehls gegen ein Verbotsgesetz verstoße. Darüber hinaus aber gesteht er dem Beamten ein unbeschränktes Recht zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Befehls zu, denn er brauche die vielleicht irrige Ansicht seines unmittelbaren Vorgesetzten nicht als unbedingt maßgebend anzusehen. Dieselbe Meinung vertritt zweifellos Löning und wohl auch Perthes. Dieser schreibt zwar: „So wenig die Beamten befugt sind, eine dem Rechte widersprechende Anordnung ihrer Vorgesetzten zu befolgen, ebenso wenig können die Vorgesetzten verpflichtet sein, sich jede unter diesem Vorwande eintretende Verweigerung des Gehorsams gefallen zu lassen." Zum Schluß meint Perthes, es bleibe dem guten Geiste des Beamtenstandes überlassen, im einzelnen Falle das Richtige zu finden. Dadurch wird doch das unbeschränkte Prüfungsrecht statuiert und nur der Mißbrauch verurteilt.

[1] Bornhak a. a. O. S. 51 ff., Löning a. a. O. S. 122 f., Perthes a. a. O. S. 126 f.

Hiergegen wendet wieder Laband[1] mit Recht ein: „Man würde so das System der Behördenorganisation und die Unterordnung der niederen Behörden unter die oberen nicht nur zerstören, sondern geradezu auf den Kopf stellen." Bornhak und Heilborn[2] behaupten, eine derartige Argumentation sei in keiner Weise juristisch, sondern beruhe auf Gründen politischer Zweckmäßigkeit. Mag man diese Gründe politisch nennen, sie sind jedenfalls auch juristisch. Beide Begriffe dürfen sich doch nicht etwa ausschließen. Wenn die Wissenschaft beim Fehlen positivrechtlicher Bestimmungen ein Resultat zur Ausfüllung der Lücke gefunden hat, wird sie dessen Richtigkeit an einem praktischen Fall prüfen und die Entscheidung desselben mit der Entscheidung nach der allgemeinen Rechtsüberzeugung, z. B. im Hinblick auf den allgemein anerkannten Zweck und das Wesen einer Institution, vergleichen. Ergibt sich Übereinstimmung, so kann das immerhin Zufall sein, ergibt sich aber ein Widerspruch, so ist das gewonnene Resultat falsch. Denn die Wissenschaft hat sich nach der allgemeinen Rechtsüberzeugung zu richten und muß an der Hand derselben das Recht zu erkennen suchen, niemals darf sie sich mit ihr in Widerspruch setzen. Eine derartige Argumentation ist vielleicht nicht immer präzise, weil man über die Rechtsüberzeugung streiten kann, aber doch juristisch. Hält man es nun — und das scheint mir selbstverständlich zu sein — wegen der Konsequenzen mit dem Wesen der Beamtenhierarchie für unvereinbar, daß der Untergebene sich in der Befolgung der Dienstbefehle ganz nach seiner Ansicht richte, so ist die bekämpfte Meinung falsch.

§ 11.

3. Theorie des Prüfungsrechts nur nach formeller Richtung.

Die bisher genannten Theorien lassen das Prüfungsrecht sich auf alle Seiten des Befehls erstrecken. Wegen der wichtigen, geltend gemachten Bedenken ist man dazu gekommen, dem Beamten das Recht der Prüfung nur nach gewissen Gesichtspunkten zu geben. Man begrenzt also den Umfang des Prüfungsrechts und macht den Untergebenen, soweit dasselbe reicht, völlig selbständig, darüber hinaus in der Regel völlig unselbständig. Begründer dieser Theorie ist Laband.[3] Er bestimmt den Umfang der Prüfungspflicht durch die drei Fragen: 1. nach der Form, 2. nach der Zuständigkeit des Untergebenen, 3. nach der Zuständigkeit des befehlenden Vorgesetzten.

---

[1] Laband a. a. O. I S. 462. [2] Bornhak a. a. O. II S. 50, Heilborn a. a. O. S. 127. [3] Laband a. a. O. I S. 460 ff.

Im wesentlichen deckt sich wohl nach seiner Ansicht die Prüfungspflicht mit dem Prüfungsrecht. Freund,[1] der Laband folgt, behauptet mit klaren Worten, daß jene drei formalen Momente den höheren Befehl verbindlich machen. Andere Vertreter der Theorie sind Preuß, Arndt, Zorn, Perels und Spilling.[2] Die drei genannten Gesichtspunkte finden sich schon bei älteren Autoren, z. B. bei Gönner a. a. O. S. 22 und Schulze Pr. Staatsrecht I S. 325 f., nur kennen sie daneben in größerem und geringerem Umfange die Remonstration. Die oben zitierten, von Laband gegen das unbeschränkte Prüfungsrecht aufgestellten Gründe, bringen ihn dazu, die Prüfungspflicht und wohl auch das Prüfungsrecht für die materielle Seite des Befehls ganz auszuschließen[3]: „In allen Fällen, in welchen die höhere Instanz eine andere Rechtsansicht wie die niedere festhält, müßte sie auch die Durchführung unmittelbar und ohne Mitwirkung der niederen Instanz übernehmen oder gewärtigen, daß die letztere ihre Dienste verweigere.“ Dagegen dürfe zunächst die Form geprüft werden, weil Befehle ohne vorschriftsmäßige Form keine verbindliche Kraft hätten; ferner habe der Beamte selbständig zu prüfen, ob die ihm zustehende Amtsgewalt ihn ermächtige, die ihm aufgetragene Handlung vorzunehmen; denn der Vorgesetzte sei nicht imstande, die gesetzlich festgestellte Kompetenz der ihm untergebenen Beamten zu erweitern; die Pflicht, seine eigene Kompetenz zu prüfen, mute dem Beamten auch keine Entscheidung zu, welche seine geistigen Kräfte übersteige. Schließlich sei die Zuständigkeit des Befehlenden zu prüfen. Dieses Recht beruhe darauf, daß Behörden und Beamte durch ihre Verfügungen nicht imstande seien, ihre eigene Kompetenz zu erweitern.

Gegen die Unterscheidung der formellen von der materiellen Seite des Befehls und eine verschiedene Behandlung ist geltend zu machen, daß die Unterscheidung schwer durchführbar ist, und daß der Grund für die Beschränkung des Prüfungsrechts nach der materiellen Seite auch für die formelle zutrifft. Laband sagt, im allgemeinen müsse der Beamte seine Zuständigkeit kennen, nun, im allgemeinen wird auch der Inhalt des Befehls gesetzmäßig sein. Wie sich aber über den Inhalt Meinungsverschiedenheiten ergeben, so auch über die Zuständigkeit. Otto Mayer[4] sagt somit mit Recht: „Es ist also die alte Lehre“ — die vom unbeschränkten Prüfungs-

[1] Freund a. a. O. S. 135. [2] Preuß a. a. O. S. 302 ff., Arndt a. a. O. S. 643, Zorn a. a. O. I S. 237, Perels u. Spilling a. a. O. S. 37. [3] Laband a. a. O. I S. 461/462. [4] O. Mayer a. a. O. II S. 238.

recht – „wenn auch sehr abgeschwächt." Offenbar geht Laband zu weit, wenn er in formeller Beziehung ein unbeschränktes Prüfungsrecht gibt. Und in materieller Beziehung engt er den Beamten zu sehr ein. Pr.V.U. a. 106 spricht sogar deutlich für ein Prüfungsrecht in materieller Hinsicht gegenüber den dort nicht aufgeführten Staatsakten. Und anderseits müßte der Untergebene auch dann gehorchen, wenn er wüßte, daß der Vorgesetzte innerhalb der Kompetenz absichtlich rechtswidrig handelt. Laband selbst kann freilich solche krasse Fälle ablehnen, weil er nur die Prüfungspflicht nennt, nicht das Prüfungsrecht.

Nicht so aber Freund. Dieser sucht die Richtigkeit der Sätze Labands aus den §§ 110, 113 St.G.B. zu beweisen, was schon oben bei der Behandlung der Quellen des Prüfungsrechts als falsch zurückgewiesen wurde. Schließlich kommt oft eine Zuständigkeit nach außen gar nicht in Betracht, wenn die Anordnungen nur den inneren Dienst betreffen. Auch könnte bei Labands System die Unzweckmäßigkeit gar keinen Einfluß haben. Übrigens sagt auch Zorn,[1] nachdem er selbst Labands Grundsätze aufgestellt: „Die drei angegebenen Grundsätze sind zwar wertvolle Richtpunkte, bieten aber keineswegs eine sichere Basis." Meines Erachtens sind sie auf die unteren Vollstreckungsbeamten zugeschnitten und mögen dort praktisch ganz gut brauchbar sein. Auf solche Beamte beziehen sich auch die zahlreichen in Labands Sinne ergangenen Reichsgerichtsentscheidungen.[2]

§ 12.

4. Vermittelnde Theorien.

Eine Anzahl neuerer Autoren hat Theorien aufgestellt, die zwischen den unter §§ 10 und 11 genannten zu vermitteln suchen. Bewußt lehnt sich an Laband Georg Meyer[3] an. Er gibt außer für die Fälle der formellen Mangelhaftigkeit des Befehls, übrigens ohne nähere Begründung, das Gehorsamsverweigerungsrecht wegen Beanstandung der materiellen Seite des Befehls „gegen Verfügungen, welche dem klaren Wortlaut eines Gesetzes widersprechen". Das ist nicht bestimmt genug, um brauchbar zu sein. G. Meyer wird deshalb von verschiedenen Autoren zu ganz verschiedenen Gruppen gestellt.

[1] Zorn a. a. O. I S. 237. [2] R.G. Rspr. II S. 559, III S. 418, VII S. 280, R.G.St. II S. 414; andere Grundsätze vertritt aber die in R.G.St. VI S. 432 ff. abgedruckte sich ebenfalls auf einen Vollstreckungsbeamten beziehende Entscheidung.
[3] G. Meyer a. a. O. S. 514.

Nach Otto Mayer[1] gehört zur Entstehung der Gehorsamspflicht, daß der Dienstbefehl von dem Vorgesetzten ausgehe, daß er dem Inhalt nach das dienstliche Verhalten betreffe, d. h. etwas vorschreibe, was denkbarerweise noch in der Dienstpflicht begriffen sei. Praktisch decken sich diese Ausführungen etwa mit denen Labands. Dem bisherigen fügt O. Mayer hinzu: „Vor allem hat die dienstliche Gehorsamspflicht ihre Grenze am Strafgesetze: eine Handlung, durch welche der Dienstpflichtige sich strafbar machte, kann nie in seiner Dienstpflicht liegen, also ist ein Dienstbefehl in dieser Richtung unmöglich.“ Die von O. Mayer dann noch hervorgehobenen Fälle völliger Selbständigkeit, z. B. der Richter bei ihren richterlichen Entscheidungen, sind doch nur Ausnahmen von der allgemeinen Regel und können zu deren Auffindung wenig beitragen.

Ähnlich läßt Anschütz[2] das Prüfungsrecht sich darauf erstrecken, ob der Beamte etwa selbständig gestellt sei, wenn nicht, ob die Formalien gewahrt seien, und ob die durch den Befehl angesonnene Handlung nicht einem Strafgesetz (oder auch nur einem einfachen Verbotsgesetz ohne Strafsanktion) zuwider laufe, denn eine Handlung, durch die der Dienstpflichtige sich strafbar mache, könne nie in seiner Dienstpflicht liegen.

O. Mayer und Anschütz behandeln die Rechtswidrigkeiten offenbar verschieden, je nachdem sie in einem Strafgesetz oder Verbotsgesetz gemißbilligt sind oder nicht.[3] Geben sie nun in der genannten Richtung das Prüfungsrecht unbeschränkt, geben sie also dem Beamten das Gehorsamsverweigerungsrecht, wenn er der Ansicht ist, mit der befohlenen Handlung gegen ein Straf- oder Verbotsgesetz zu verstoßen, dann trifft sie der eigene Vorwurf O. Mayers gegen Laband: es ist die alte Lehre, wenn auch abgeschwächt. Außerdem ist die Unterscheidung der Rechtswidrigkeiten im Hinblick auf Straf- oder Verbotsgesetze willkürlich, denn verboten sind alle Rechtswidrigkeiten.

v. Stengel[4] trennt auch die formelle von der materiellen Seite. In ersterer Beziehung deckt sich seine Ansicht mit der Labands. In letzterer Hinsicht dagegen unterscheidet er, ob der Beamte lediglich zu vollziehen habe, dann habe er den Inhalt des Befehls nicht zu prüfen; oder aber, ob der Beamte selbständig zu handeln habe, dann habe der an ihn ergangene Dienstbefehl nur die Be-

[1] O. Mayer a. a. O. II S. 236 ff. [2] Anschütz a. a. O. S. 591. [3] In ihrem Sinne viele Urteile des Oberverwaltungsgerichts, so O.V.G. XII S. 126, XXVIII S. 108. [4] v. Stengel a. a. O. S. 145.

deutung, ihn zum selbständigen Handeln zu veranlassen, nicht ihn zum Vollstrecker eines fremden Willens zu machen. In diesem Falle müsse der Beamte, da er für die von ihm vorgenommene Maßregel persönlich verantwortlich sei, den ihn zu dieser Maßregel veranlassenden Dienstbefehl auch auf seine materielle Gesetzmäßigkeit hin prüfen. Zu einem ähnlichen Resultat gelangt Heilborn,[1] der aber mit Recht die Unterscheidung von materieller und formeller Seite fallen läßt, und zwar für Reichs-, wie für preußische Beamte: Der Beamte sei für die Gesetzmäßigkeit nur seiner eigenen amtlichen Handlungen verantwortlich. Die Entscheidung, wo die Amtshandlung des einen Befehl ausführenden Untergebenen beginne, und was sie umfasse, hinge davon ab, ob dem auf Befehl handelnden Beamten im konkreten Fall die Rechtsanwendung obliege oder nur die Ausführung des die Rechtsanwendung enthaltenden Aktes der vorgesetzten Behörde; soweit er zur Rechtsanwendung berufen sei, habe er selbständig zu entscheiden, so weit nur zur Ausführung, habe er nur zu gehorchen.

Dagegen ist einzuwenden, daß diese Scheidung sich noch schwerer durchführen läßt als die Scheidung nach formeller und materieller Richtung. Auch würde der Beamte, wenn er nur zu vollstrecken hat, selbst dann gehorchen müssen, wenn er wüßte, daß sein Vorgesetzter absichtlich das Recht falsch angewendet hat. Vor allem aber würden alle Beamten, die das Recht anzuwenden haben, sich in ihrer Selbständigkeit den Richtern nähern. Es würden, da in der Verwaltung ein geordneter Instanzenzug mit suspensiver Wirkung nur selten gegeben ist, ebenso viele verschiedene Rechtsauslegungen neben einander zu recht bestehen, als verschiedene Beamte das Recht anwenden. Das müßte eine unerwünschte und für das Ansehen der Beamtenschaft schädliche Rechtsunsicherheit herbeiführen. Die Befehle dürften, soweit es sich um Rechtsanwendung handelt, nur noch etwa den Inhalt haben, „das Erforderliche zu veranlassen". Was Heilborn von den Staatsanwälten richtig sagt, daß die Meinung des Vorgesetzten maßgebend sei, gilt von allen nichtrichterlichen Beamten.

§ 13.

5. Die Theorien der Berücksichtigung des Willens des Befehlenden.

Die bisher genannten Autoren berücksichtigen bei Lösung unserer Frage nicht den Willen des Befehlenden. Ihn beachtet u. a.

[1] Heilborn a. a. O. S. 130 ff.

van Calker.[1] Zunächst stellt er die gleichen formalen Gesichtspunkte auf wie Laband. Aber er versteht unter Zuständigkeit nicht die abstrakte, wie zweifellos Laband, sondern mehr, auch die konkrete, vom Gesichtspunkt des Untergebenen aus gesehen. So verneint van Calker[2] die Gehorsamspflicht, „wenn der konkrete Zweck auf etwas Gesetzwidriges gerichtet ist, und dem Untergebenen dies bekannt ist." Seine Worte erinnern an § 47 M.St.G.B. Er vermeidet so die allzu große Beschränkung des Untergebenen, die sich für die meisten Anhänger von Labands Theorie ergibt.[3]

Cosack[4] bezeichnet als einzigen Fall des Gehorsamsverweigerungsrechts den, „wo der Vorgesetzte in schlechtem Glauben handelt, wo er absichtlich gegen das Gesetz verstößt."

Max Ernst Mayer[5] gibt das Prüfungsrecht wegen Rechtswidrigkeiten unbeschränkt. Er bestreitet entschieden die Verbindlichkeit eines Befehls rechtswidrigen Inhalts. Rechtswidrig ist ihm aber nur der Befehl, „der als konkretisierter Gesetzeswille nicht gelten kann": zunächst könnte der Konkretisierung ihr Objekt fehlen, wenn kein abstrakter Imperativ aufzufinden sei, auf den sich der konkrete zurückführen ließe; – das klingt an Labands Lehre an – sodann könne der gute Wille fehlen: der Untergebene dürfe den Gehorsam also nur verweigern, wenn er überzeugt sei, daß der Vorgesetzte das Gesetz vorsätzlich oder fahrlässig falsch angewendet habe, und er trage die Gefahr, daß seine Überzeugung zutreffend sei. Das letztere bezieht sich nur auf die materielle Seite, nicht auf die formelle, bezüglich deren er Laband beipflichtet.

Ganz ähnlich ist die Ansicht W. Jellineks[6]: Der Befehl könne schon seinem Inhalt nach auf ein unerlaubtes Ziel gerichtet sein, dann sei er wegen Untauglichkeit des Objekts null und nichtig; er könne aber in ganz harmloser Form einen verbrecherischen Zweck verfolgen; durchschaue der Beamte in diesen Fällen den Plan des Vorgesetzten, so sei er sogar verpflichtet, den Gehorsam zu verweigern.

Die zuletzt angeführten Ansichten enthalten viel Richtiges. Eine besondere Besprechung erübrigt sich, weil die vom Verfasser vertretene Auffassung sich an dieselbe anschließt, ohne aber in einer von ihnen vollständig enthalten zu sein, und weil sonst bei zusammenhängender Entwicklung dieser Ansicht Wiederholungen in großem Maße nötig wären.

---

[1] van Calker a. a. O. S. 43. [2] Derselbe S. 49/50. [3] Ähnlich Bauer a. a. O. S. 897. [4] Cosack a. a. O. S. 46. [5] M. E. Mayer a. a. O. S. 128 ff. [6] W. Jellinek a. a. O. S. 113.

§ 14.
6. Eigener Versuch.

Wenn der Beamte zu irgend einer Handlung aufgefordert wird, so hat er zu prüfen, ob die Aufforderung von einem Vorgesetzten ausgeht. Hat er hierüber auch nach sorgfältiger Prüfung Zweifel, so darf er sich ganz nach seiner Ansicht richten, denn irgend eine Vermutung dafür, daß jeder, der mit einem Befehl an ihn herantritt, auch Gehorsam verlangen kann, besteht nicht.

Wenn die Aufforderung von dem Vorgesetzten ausgegangen ist, bleibt weiter zu untersuchen, ob sie als Befehl gemeint ist, ob der Vorgesetzte die Verantwortung übernehmen will. Er kann während einer Besprechung nur einen unverbindlichen Vorschlag machen oder als Privatmann mit einem Ansinnen an den Untergebenen herantreten wollen, ohne Anspruch auf dienstlichen Gehorsam zu erheben. Auch hierin ist das Prüfungsrecht unbeschränkt. Wenn der Vorgesetzte sich nicht bestimmt genug ausdrückt, so trifft ihn selbst allein die Schuld für die etwaige Nichtbefolgung seiner Anordnungen. Ist eine bestimmte Form für den Befehl erforderlich, so wird ihre Innehaltung die Ernstlichkeit des Befehls beweisen. Die Ernstlichkeit ist aber für den Untergebenen nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil gerade er eine besondere Form für nötig hält.

Wenn nun der Befehl den Willen des Vorgesetzten ausdrückt, bleibt zu beachten, ob er nicht ausnahmsweise rechtlich irrelevant ist. Wir haben für das öffentliche Recht keine Bestimmungen über die Nichtigkeit von Willensäußerungen wie für das Zivil- und Strafrecht, müssen diese aber analog anwenden. Bewußtlosigkeit und Bewußtseinstrübung sowie Zustände krankhafter Störung der Geistestätigkeit schließen einen wirklichen Befehl aus.[1] Dasselbe gilt von der absoluten Gewalt, aber nicht von bloßer Drohung. Denn gerade im Staatsleben wird auf Schritt und Tritt auf äußere Machtverhältnisse Rücksicht genommen. Alles dieses hat der Untergebene zu prüfen und auch bei gesetzmäßigem Inhalt den Befehl als nichtig anzusehen, wenn er einen der genannten Mängel findet.

Charakterisiert sich danach eine Anordnung als Dienstbefehl, so können sich aus ihrem Inhalt Beanstandungen ergeben. Der Untergebene kann zu dem Ergebnis kommen, daß der Befehl

[1] ähnlich W. Jellinek a. a. O. S. 62.

wegen Mangels der vorgeschriebenen Form nichtig ist. Die Form ist dazu da, den Anordnenden an die Wichtigkeit seines Tuns zu erinnern und Übereilungen zu verhüten. Wenn dieser Zweck erreicht werden soll, muß, wo ein formeller Akt nötig ist, dem formlosen jede Wirkung abgesprochen werden. Der trotzdem so erteilte Befehl beansprucht aber Beachtung, leugnet zugleich das Erfordernis der Form, und so ist das Fehlen derselben immer zugleich ein Mangel des Inhalts. Dieser ist dann rechtswidrig, denn er gebietet zu gehorchen, wo das Gesetz das Gegenteil bestimmt. Nicht anders ist es, wenn die örtliche oder sachliche Zuständigkeit des Vorgesetzten oder des Untergebenen fehlt.

Die Rechtswidrigkeit kann in einem Verstoß gegen jede beliebige Rechtsnorm bestehen. Man könnte jeden rechtswidrigen Dienstbefehl als eine logische Unmöglichkeit bezeichnen, da das Gesetz die Schranke für die Tätigkeit der Staatsbeamten bilde, und sie darüber hinaus als Staatsorgane wirksam nicht tätig werden könnten. Doch ganz abgesehen davon, daß auch rechtswidrige Anordnungen Wirkungen haben können, wäre damit nur eine andere Formulierung der Frage gewonnen. Der Untergebene würde nicht prüfen, ob ein rechtswidriger Befehl, sondern ob überhaupt ein Befehl vorliege.

Daß das Prüfungsrecht des Untergebenen nicht unbeschränkt sein kann, ist oben gegen Löning schon nachgewiesen worden: es würde sonst das Behördensystem auf den Kopf gestellt werden. Wenn man diesen Gedanken folgerichtig durchführt, sind auch sämtliche Ansichten zurückzuweisen, die das Prüfungsrecht nicht in jeder Richtung, aber doch in gewissen Punkten unbeschränkt sein lassen. Es gibt keine Seite des Befehls, in deren Beurteilung der Untergebene sich ganz nach seiner Ansicht richten dürfte. Daran muß festgehalten werden.

Stellen wir uns vor, wie ein Befehl zustande kommt. Der Vorgesetzte nimmt zunächst eine Denkoperation vor, indem er feststellt, ob etwas zweckmäßig oder rechtmäßig ist oder nicht. Daß hierbei Fehler vorkommen können, ist klar. Sodann muß er sich entschließen, so oder so zu handeln; die Möglichkeit pflichtwidrigen Wollens ist hier zu beachten. Schließlich muß er seinen Willen noch kundgeben. Auch dabei kann noch ein Irrtum unterlaufen durch Versprechen, Verschreiben.

Von den möglichen Fehlern hat auf die Gehorsamspflicht des Untergebenen zunächst der Irrtum in der Erklärung Einfluß. Es

liegt dann nur der Schein eines Befehls vor. Auch dem bösen Willen muß dieselbe Wirkung zugeschrieben werden. Der Beamte, der bewußt gegen den Willen des Staates handelt, handelt gar nicht mehr als Organ des Staates, und als solches allein hat er Anspruch auf Gehorsam. Auch wenn falsche Tatsachen angenommen werden, ist der Befehl dann nicht zu befolgen, wenn der Vorgesetzte bei Kenntnis der wahren Sachlage anders gehandelt hätte. Die Treupflicht verbietet dem Untergebenen hier zu gehorchen. Gleichzustellen ist die irrige Annahme der Fortdauer des tatsächlichen Zustandes bis zur Ausführung des Befehls oder die nicht ausdrückliche Berücksichtigung einer möglichen Änderung. Wenn der Zweck des Befehls schon vor der Ausführung erfüllt oder unmöglich wird, so ist es als der Wille des Vorgesetzten anzusehen, daß dann die Ausführung unterbleibt. Denn an alle Möglichkeiten kann der Vorgesetzte nicht denken. Mehr oder weniger gilt auch beim Befehl die clausula rebus sic stantibus. Dem Irrtum über Tatsachen ist der Irrtum über das Vorhandensein von Rechtssätzen gleichzustellen. Nur ist zu beachten, daß er weit seltener vorkommen wird und nur dann überhaupt möglich ist, wenn die fraglichen Rechtssätze nicht aus dem allgemeinen Rechtsbewußtsein folgen.

Ganz anders aber ist es mit dem reinen Irrtum im Denken, wenn z. B. ein Rechtssatz falsch ausgelegt wird. Cosack[1] sagt sehr richtig: „Wer das Recht hat zu prüfen, hat auch das Recht, sich zu irren.“ Hier müssen wir immer davon ausgehen, daß doch die Über- und Unterordnung der Beamten keine zufällige ist, daß der Vorgesetzte in der Regel erfahrener, befähigter, kurz tüchtiger ist als der Untergebene. Er wird in der Regel der sein, der richtiger denkt. Deshalb ist bei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Vorgesetzten und dem Untergebenen die Rechtsauffassung des ersteren die unbedingt maßgebende, auch wenn er irrt und der Untergebene dies erkennt. Denn nur auf diese Weise kann in der Mehrzahl der Fälle die richtige Ansicht durchgeführt werden. „In dem Dienstbefehle soll doch gerade dem Untergebenen maßgebend erklärt werden, was er rechtmäßig und gesetzmäßig kraft seiner Dienstpflicht zu tun hat.“[2]

Doch wie hat sich der Untergebene zu verhalten? Jedenfalls darf er den Befehl prüfen, oft muß er ihn prüfen. In seinem

[1] Cosack a. a. O. S. 46. [2] O. Mayer a. a. O. S. 238.

Urteil, ob der Befehl richtig ist, kann er sich ebenso irren wie der Vorgesetzte. Der böse Wille des Vorgesetzten, die Annahme falscher Tatsachen und der Irrtum in der Erklärung werden immer Ausnahmen bilden, dagegen nicht die Fehler im Denken: errare humanum est. Hier muß der Untergebene die Ursache seiner etwaigen Mißbilligung zunächst vermuten. Auf welcher Seite dieser Fehler liegt, ist gleichgültig, denn die Meinung des Untergebenen muß, wie oben dargelegt, als die schwächere stets weichen. Daraus ergibt sich, daß der Beamte trotz Beanstandung des Befehls zu gehorchen hat, solange er nicht davon überzeugt ist, daß auf seiten des Vorgesetzten böser Wille oder Annahme falscher Tatsachen oder Irrtum in der Erklärung vorliegt.

Daß statt der Lösung der Schwierigkeit eine Umgehung durch die Remonstration zu empfehlen ist, wurde schon oben hervorgehoben. Die vielfach erwähnte Amtsniederlegung ist das äußerste und nicht immer brauchbare Mittel zur Vermeidung des Konflikts. Ganz abgesehen von eiligen Fällen ist sie nur mit Zustimmung des Staates möglich und nützt nur dann, wenn der Nachfolger rechtzeitig zur Stelle ist.

Von den Autoren, an deren Ansicht sich der Verfasser anschließt, äußern sich über den Grad der Gewißheit, den sie von dem Untergebenen über die Gehorsamsverweigerungsgründe verlangen, van Calker und M. E. Mayer.[1] Ersterer sagt: „wenn dem Untergebenen bekannt war . . .“, letzterer: „wenn er überzeugt ist“. Dieser Ausdruck ist der richtige. Entziehen sich doch innere Vorgänge, wie doloses Wollen, jeder sicheren Kenntnis von seiten anderer Menschen. Daß sich der Untergebene seine Überzeugung nach bestem Wissen und Gewissen zu bilden hat, ist selbstverständlich, in geeigneten Fällen durch eine Remonstration.

Es fragt sich, ob man auch dann das Gehorsamsverweigerungsrecht geben soll, wenn der Vorgesetzte fahrlässig seine Pflicht verletzt. Die Frage ist zu verneinen. Was Fahrlässigkeit ist, brauchen wir hier nicht festzustellen, sondern nur die möglichen Fälle ihres Vorkommens zu behandeln. Der Beamte kann, ohne es zu wissen und zu wollen, Befehlsworte aussprechen. Das ist als Irrtum in der Erklärung anzusehen. Über die unmittelbaren Folgen einer befohlenen Handlung ist sich der Vorgesetzte, wenn ein wirklicher Befehl vorliegt, immer klar. Wenn er es über die weiteren Folgen

---

[1] van Calker a. a. O. S. 50, M. E. Mayer a. a. O. S. 130.

nicht ist, so wird er meist bestehende Tatsachen übersehen haben, und dann macht Annahme falscher Tatsachen den Befehl unverbindlich. Es bliebe noch die fahrlässige falsche Rechtsanwendung. M. E. Mayer[1] räumt auch ihr einen Einfluß ein. Doch ist seine Ansicht abzulehnen. Neben dem dann vorhandenen Fehler im Willen liegt sicher zugleich ein Verstandesfehler vor, und dieser beeinträchtigt die Wirksamkeit des Befehls nicht. Dem Untergebenen jedenfalls darf darüber kein Urteil zugestanden werden, ob der Vorgesetzte die Fehler im Denken fahrlässig macht. Das würde voraussetzen, daß er selbst in der Lage wäre, das richtige Resultat sicher zu finden. Nun „erscheint aber sehr oft dem subalternen Verstande des Untergebenen, der sich über eine Buchstabenauslegung des Gesetzes nicht erheben kann, ein Rechtssatz klar, welchen die pflichtmäßig, aber freier und verständnisvoller prüfende Oberbehörde höchst zweifelhaft findet."[2] M. E. Mayers Ansicht würde widerspruchsliebenden Beamten ein bequemes Mittel geben, sich der Subordination zu entziehen.

Wir kommen damit zu dem Ergebnis, daß der Beamte mitunter auch rechtswidrige Befehle auszuführen hat, selbst wenn er die Rechtswidrigkeit erkennt, nämlich dann, wenn dem Vorgesetzten der böse Wille fehlt. Das gilt für jede Art von Rechtswidrigkeiten. Für eine größere oder geringere Zahl von Fällen nehmen das alle Autoren an bis auf diejenigen, die das Prüfungsrecht unbeschränkt sein lassen. Doch viele nennen als unbedingt innezuhaltende Grenze der Gehorsamspflicht die Straf- und Verbotsgesetze und behaupten, daß in dieser Richtung das Prüfungsrecht keineswegs eingeengt werden dürfe. Damit statuieren sie einen Unterschied in den Rechtswidrigkeiten. Verboten sind doch aber alle Rechtswidrigkeiten, nicht nur die, die gegen ein Straf- oder sogenanntes Verbotsgesetz verstoßen. Der Grund für die Unterscheidung kann also nicht die Forderung sein, daß sich der Beamte wie jeder Staatsangehörige unbedingt nach den Gesetzen zu richten habe — die Durchführung dieser Forderung führte zum unbeschränkten Prüfungsrecht — sondern nur der, daß der Beamte keinesfalls gezwungen werden soll, besonders schwere und auffallende Verstöße gegen die Rechtsordnung zu begehen und sich öffentlicher Strafe auszusetzen. In Wahrheit aber trifft dieser Grund, wenigstens gegenüber der Ansicht des Verfassers nicht zu.

[1] M. E. Mayer a. a. O. S. 130. [2] Cosack a. a. O. S. 46.

Befiehlt der Vorgesetzte eine Handlung, die unter ein Strafgesetz fällt, an der er aber nichts Böses findet, so wird die Rechtsverletzung in der Regel nicht so auffallend und so schwer sein, als daß man ihre Ausführung dem Untergebenen nicht zumuten könnte. Ist sie es dennoch, dann kann der Untergebene überzeugt sein, daß einer der Fälle vorliegt, in denen die Gehorsamspflicht zessiert. Denn das Strafgesetz bedroht nur solche Handlungen, die auch das allgemeine Rechtsbewußtsein mißbilligt, und an diesem Rechtsbewußtsein hat der Vorgesetzte auch teil. Doch ist hier die Ausnahme für Strafrechtssätze zu beachten, die ausnahmsweise einfach den Tatsachen gleichzustellen sind, wie u. a. lokale Polizeiverordnungen. Wenn dagegen ein Befehl verstößt, so liegt es nahe, ihre Nichtkenntnis anzunehmen. Strafrechtliche oder andere Nachteile hat der Untergebene auch nicht zu gewärtigen. Ohne das Beamtenverhältnis würde strafbare Tat und strafbare Anstiftung vorliegen. Auf das Subordinationsverhältnis können diese Begriffe nicht übertragen werden. Außerhalb des Strafrechts gilt auch der richtige Satz, daß der Beamte, soweit er staatsrechtlich verpflichtet ist, einen Befehl auszuführen, bei einer sonst sich als Rechtsverletzung darstellenden Tat nicht rechtswidrig handelt. Nur so können die oben erwähnten Autoren bei nicht strafrechtlichen oder nicht gegen ein Verbotsgesetz verstoßenden Rechtswidrigkeiten die Gehorsamspflicht durchführen. Für das Strafrecht ist der Satz auch aufgestellt worden, so von Olshausen und von v. Liszt[1]: „Ist aber der gehorchende Untergebene durch den gegebenen Befehl vollständig gedeckt, so ist der befehlende Vorgesetzte ausschließlich der Täter, weil der Handlung des den Befehl Ausführenden der Charakter der Rechtswidrigkeit fehlt." Und: „Der Befehl des Vorgesetzten an den Untergebenen schließt für diesen die Rechtswidrigkeit der auf Grund des Befehls vorgenommenen Handlung soweit aus, als die Rechtsordnung die unbedingt verbindende Kraft des Befehls anerkennt." Wenn also das Strafrecht das Prüfungsrecht ungeregelt läßt, sind die in ihm aufgestellten Tatbestände ebenso wenig als Grenzen der Gehorsamspflicht anzusehen, wie die in andern Gesetzen enthaltenen Normen, sondern die Grenze ist außerhalb zu suchen, wie wir sie oben in staatsrechtlicher Betrachtung gefunden haben.

In der Praxis werden die im Text entwickelten Grundsätze, um ein Beispiel herauszugreifen, innerhalb der Staatsanwaltschaft

---

[1] Olshausen a. a. O. § 52 Note 12, v. Liszt a. a. O. S. 152.

ausdrücklich und bewußt angewendet. Wollte man diese Grundsätze leugnen, so müßte man die Staatsanwaltschaft auf Grund von § 143 G.V.G. von der Regel ausnehmen, was schon oben als falsch zurückgewiesen wurde. Dort werden die Tatbestände der §§ 344, 346 St.G.B. jedenfalls häufig erfüllt. Gegen die bekämpfte Ansicht spricht auch die Notwendigkeit, dem Untergebenen die Gefahr für den Ausfall seiner Prüfung aufzulegen, die sich bei Durchführung dieser Ansicht ergeben würde. Auf der einen Seite würde die öffentliche Strafe, auf der andern die Ungehorsamsstrafe drohen.

Noch ein wichtiges Bedenken bleibt zu zerstreuen. Wo bleibt der durch das Strafgesetz gewährleistete Schutz der Rechtsgüter? Er ist durchaus gewahrt. Nur nicht dadurch, daß man den Untergebenen zum Hüter des Gesetzes gegenüber Verbrechen der Vorgesetzten macht, sondern dadurch, daß man den Vorgesetzten bestraft. Das Gesetz bleibt also die Schranke der Behördentätigkeit, aber der Befehlende hat darauf zu achten, nicht der gehorchende Untergebene.

Gesetzliche Bestimmungen stehen unserm Resultat nicht entgegen. § 13 R.B.G. hat im wesentlichen nur prozessuale Bedeutung. § 10 R.B.G. verpflichtet zur Beobachtung der Verfassung und der Gesetze, aber die Entstehungsgeschichte lehrt, daß daneben noch die Gehorsamspflicht besteht, und zwar ohne unbeschränktes Prüfungsrecht. Aus dem Geiste der Rechtsordnung ist demnach zu entscheiden, welche von beiden Pflichten im gegebenen Fall die stärkere ist. A.L.R. II 20, § 343, steht auch ganz im Einklang. Die Fassung, besonders das Wort „verleiten", spricht dafür, daß der dem Untergebenen bekannte böse Glaube des Vorgesetzten verlangt wird. A.L.R. I 6, § 46, in seiner Stellung zwischen den Bestimmungen der §§ 45 und 47 weist nur darauf hin, daß der Untergebene keinen der Fälle übersehen soll, in denen die Gehorsamspflicht zessiert. Wenn die Handlung wirklich ausdrücklich verboten ist, wird sich auch ein solcher Grund finden. Insofern ist das Verbotsgesetz von Bedeutung, als es einen Anhalt gibt, den Befehl auf sein Zustandekommen und seine Verbindlichkeit hin zu prüfen, und als es diese Prüfung zur Pflicht macht. Der von dem Untergebenen angenommene Widerspruch allein genügt auch nach A.L.R. nicht zur Gehorsamsverweigerung. Diese aus allgemeinen Grundsätzen gewonnene Regel kann nicht dadurch umgestoßen werden, daß man eine vereinzelte Bestimmung des Obligationenrechts wört-

lich auf das Staatsrecht anwendet. Die zitierte Regierungsinstruktion vom 23. 10. 1817 weist deutlich darauf hin, daß die Vorgesetzten es sind, die die Rechtmäßigkeit der Amtshandlungen zu prüfen haben, nicht die gehorchenden Untergebenen.

Der Behandlung der rechtswidrigen Befehle entspricht die der zweckwidrigen. Die Meinung des Vorgesetzten ist hier um so eher maßgebend, als der Staat offenbar besser fährt, wenn seine unzweckmäßigen Befehle befolgt werden, als wenn die Sicherheit leidet, mit der er auf die Befolgung seiner Befehle überhaupt rechnen kann. Dieselben Gründe wie bei der Rechtswidrigkeit berechtigen auch hier zur Nichtbefolgung des Befehls.

Ausnahmen von der Regel sind in dem Sinne nicht zu machen, daß den höheren Beamten ein weitgehenderes Prüfungsrecht zukommt als den unteren. Auch Ehrenbeamte genießen als solche keinen Vorzug. Tatsächlich entsteht ein Unterschied dadurch, daß der eine die rechtlich erheblichen Fehler des Befehls leichter erkennt als der andere.

Dagegen sind einzelne Beamte in gewissen Beziehungen ganz selbständig gemacht. Ob eine solche Ausnahme von der Subordination Platz greift, darüber entscheidet der Untergebene selbständig, denn sonst wäre der ganze Wert dieser Ausnahmen in Frage gestellt. Der Gedanke des § 17 G.V.G. ist analog anzuwenden: Die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtsweges. Das Urteil des Disziplinarrichters muß in solchen Fällen feststellen, ob der Untergebene den Weisungen des Vorgesetzten unterliegt oder nicht. Dabei ist eine Bestrafung natürlich nicht wegen unberechtigter, sondern nur wegen schuldhafter Gehorsamsverweigerung möglich.

Viertes Kapitel.

Das Prüfungsrecht der Militärpersonen im einzelnen.

§ 15.

1. Die Theorie des unbedingten Gehorsams.

Für die militärischen Verhältnisse wird meist eine andere Regelung des Prüfungsrechts gegenüber Dienstbefehlen angenommen, als sie im Beamtenverhältnis besteht, ja geradezu eine Ausschließung dieses Rechts. Nach Otto Mayer[1] „kennzeichnet unbedingter Ge-

---

[1] O. Mayer a. a. O. II S. 206.

horsam gegenüber den militärischen Oberen die rechtliche Ausnahmestellung, in welche der Dienstpflichtige geraten ist". Ebenso äußern sich Zorn und v. Koppmann.[1] Auch Laband[2] bezeichnet die Gehorsamspflicht des Soldaten „als inhaltlich unbegrenzte, weil es keine rechtlichen Grenzen für das gibt, was dienstlich befohlen werden kann". Eine Ausnahme wird nur für die Fälle gemacht, in denen sich der gehorchende Untergebene nach ausdrücklicher Vorschrift des § 47 M.St.G.B. strafbar machen würde. Einen gewissen Anhalt scheint diese Meinung noch in a. 108 Pr.V.U. zu finden, der die Vereidigung der Beamten auf die gewissenhafte Beobachtung der Verfassung vorschreibt, sie aber für das Heer ausdrücklich ausschließt. Eine positive Gesetzesbestimmung läßt sich jedoch zur Begründung dieser Theorie nicht beibringen. Man argumentiert mit dem Wesen der Heereseinrichtung, mit dem ein Prüfungsrecht unvereinbar ist.

Gewiß ist die Disziplin im Heere durch für den Laien auffallend schwere Strafen gesichert, und der Offizier darf sich im Notfall sogar mit der Waffe den erforderlichen Gehorsam verschaffen. Die größere Notwendigkeit der Disziplin im Heere und die größeren Gefahren, die gerade dort in ihrer Lockerung liegen, werden auch von niemandem geleugnet. Aber es ist zur Wahrung der Disziplin nicht nötig, daß das Prüfungsrecht überhaupt ausgeschlossen wird, denn wenn, und soweit es gegeben wird, geschieht es im Interesse des Staates, sondern es ist nur nötig, daß, soweit es nicht reicht, der Gehorsam unbedingt gesichert wird. Wenn auch die Vereidigung auf die Verfassung nicht stattfindet, so ist zu berücksichtigen, daß der Diensteid eine rechtliche Wirkung überhaupt nicht hat, daß er aber nach seiner Form, insbesondere, wenn man den später erörterten § 47 M.St.G.B. daneben stellt, darauf hinweist, daß der Soldat, dem etwas im Dienste befohlen wird, nicht die Pflicht hat, die Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Das Recht zur Prüfung ist nicht berührt. Die Betonung der Disziplin und die harte Bestrafung des Ungehorsams beweist für den Umfang des Prüfungsrechts gar nichts. Das zeigt der zweite Absatz des sogenannten Arnim-Paragraphen. Denn niemand wird annehmen, daß wegen der dort angedrohten schweren Ungehorsamsstrafe das Prüfungsrecht der diplomatischen Beamten besonders beschränkt wäre.

[1] Zorn a. a. O. I S. 360, v. Koppmann a. a. O. S. 164. [2] Laband a. a. O. IV S. 148.

§ 16.

2. Die Übereinstimmung des Prüfungsrechts der Militärpersonen mit dem der Zivilbeamten.

Es ist also auch dem Soldaten ein Prüfungsrecht zuzugestehen, und zwar ist es dasselbe, wie das der Zivilbeamten. Zu diesem Ergebnis kommen gerade die Schriftsteller, die sich in Monographien, also eingehender, mit dem Befehle befassen, wie van Calker, M. E. Mayer, Bauer.

Zum Verständnis des folgenden ist vorauszuschicken, daß in militärischen Verhältnissen „Dienstbefehl" und „Befehl in Dienstsachen" eine verschiedene Bedeutung haben. Mit M. E. Mayer[1] wird man das Wort „Dienstbefehl" als den weiteren Begriff aufzufassen haben und darunter jede Anordnung eines militärischen Vorgesetzten verstehen, die Anspruch auf Gehorsam erhebt, ohne Rücksicht auf ihren Inhalt. „Befehl in Dienstsachen" ist eine Unterart des „Dienstbefehls". Sein Inhalt muß sich — nach der preußischen Praxis und der Ansicht des Reichsmilitärgerichts[2] — direkt oder indirekt auf den Dienst beziehen. Es ergibt sich, daß „Dienstbefehle", die nicht „Befehle in Dienstsachen" sind, nur Befehle in Privatangelegenheiten sein können. Wie weit ihnen die Eigenschaft als Befehle überhaupt noch zukommt, darüber lassen sich schwer allgemeine Regeln aufstellen. Im Range hochstehende Personen werden fast nur „Befehle in Dienstsachen" erhalten, während der „Bursche" zahlreiche einfache „Dienstbefehle" ausführt.

van Calker überträgt seine für Zivilbeamte gefundenen Regeln auf das Militär. Für den Soldaten, sagt er[3] im Hinblick auf die formelle Seite des Befehls, sei die Kompetenz immer gegeben, wenn die befohlene Handlung zum Dienst in Beziehung stehe — d. h. doch, wenn ein „Befehl in Dienstsachen" vorliege —; dies allein habe er zu prüfen; bejahe er die Frage, dann sei der Befehl für ihn rechtsverbindlich. Für van Calker tritt also an die Stelle der Frage nach der Kompetenz bei dem Beamten die Frage nach der Beziehung des Befehlsinhalts zum Dienst bei dem Soldaten. Da er hierin das Prüfungsrecht nicht einschränkt, unterliegt seine Ansicht denselben Bedenken, wie sie für das Zivil-Beamtenverhältnis geäußert wurden. Der dort angeführte Gegengrund, die Umkehrung des Subordinationsverhältnisses, würde hier noch

[1] M. E. Mayer a. a. O. S. 152. [2] R.M.G. I S. 110. [3] van Calker a. a. O. S. 108 ff.

schwerer wiegen. Dem Untergebenen darf nicht die freie Entscheidung darüber überlassen werden, ob ein „Befehl in Dienstsachen" vorliegt, ganz abgesehen davon, daß auch „Dienstbefehle" zu befolgen sind. Im Gegensatz zu den Ausführungen van Calkers sagt M. E. Mayer[1]: „Die abstrakte Zuständigkeit deckt sich in militärischen Verhältnissen mit der Vorgesetzten-Eigenschaft." „Dienstbefehle" und „Befehle in Dienstsachen" könnten nicht formell rechtswidrig sein.

Was die materielle Seite betrifft, so wenden van Calker und M. E. Mayer darauf ohne Änderung dieselben Grundsätze an, die sie für das Prüfungsrecht des Beamten aufgestellt haben: Der Soldat habe also zu prüfen, ob ein erlaubter oder verbrecherischer Zweck verfolgt werde, bzw. ob der Befehl rechtswidrig sei, d. i. in M. E. Mayers Sinne, ob eine schuldhafte Rechtsbeugung vorliege.

Die im Text für das Prüfungsrecht des Beamten entwickelten Grundsätze gelten auch für das des Soldaten, und zwar gegenüber „Befehlen in Dienstsachen" wie einfachen „Dienstbefehlen". Die Rücksicht auf die Disziplin steht nicht entgegen. Die Grenzen der Gehorsamspflicht sind für jeden Soldaten die gleichen, für den General wie für den gemeinen Mann. Die Prüfung ist zunächst darauf zu richten, ob der Befehlende der Vorgesetzte ist. Eine Beschränkung nach dieser Richtung ist nicht möglich, wie der Fall in Köpenick im Jahre 1906 deutlich zeigt. Dabei ist zu beachten, daß nicht nur die direkten Vorgesetzten Befehle erteilen können, sondern jeder Ranghöhere dem Rangniederen. Ferner hat der Untergebene ganz nach eigenem Ermessen darüber zu befinden, ob die Aufforderung als Befehl gemeint war. „Die Geltendmachung der dienstlichen Autorität muß erkannt sein,"[2] wenn wegen Ungehorsams bestraft werden soll. Auch Bewußtlosigkeit und absolute Gewalt nimmt dem Befehl seine bindende Kraft.

Ebenso wie von dem Zivilbeamten ist von dem Soldaten weiter der Irrtum in der Erklärung zu berücksichtigen. Beruht ferner der Befehl auf der Annahme falscher erheblicher Tatsachen, so würde seine Ausführung die Treupflicht verletzen. Kann der Untergebene nicht dem Ansehen und der Autorität seines Vorgesetzten mehr schaden, wenn er ihn unsinnige Befehle durchführen läßt, als wenn er ihn aufklärt? Die gleiche Bedeutung hat schließlich der böse Wille des Vorgesetzten. Ganz abgesehen von den Wir-

---

[1] M. E. Mayer a. a. O. S. 150 ff. [2] v. Koppmann a. a. O. S. 334.

kungen nach außen und den bei dem Zivil-Beamtenverhältnis hervorgehobenen Gründen verliert doch jeder tüchtige Soldat die Achtung vor einem Vorgesetzten, der offenbar anders handelt, als er es für richtig hält. Nicht auf Furcht, auf der Achtung vor dem Vorgesetzten hat die Disziplin zu ruhen, und die Achtung geht dem Vorgesetzten durch seinen bösen Willen verloren, ob der Befehl ausgeführt wird oder nicht. Selbstverständlich genügt auch hier nicht die Meinung des Untergebenen, daß in der befohlenen Handlung der Tatbestand eines Deliktes liege, zur Annahme des bösen Willens. Ebenso wie der Zivilbeamte muß der Soldat die Überzeugung von dem Vorliegen eines dieser Gründe haben, wenn er den Gehorsam verweigern will. In Zweifelsfällen steht ihm die Möglichkeit der Remonstration nur selten zur Seite. Ihr widerspricht der Grundsatz des prompten Gehorsams, der im Zivildienst nicht überall nötig ist. Deshalb haben tatsächlich im Heeresdienst die Gehorsamsverweigerungsgründe, die an sich die gleichen sind wie im Zivildienst, die Gehorsamsverweigerung seltener zur Folge als dort. Darin liegt der Unterschied allein.

Die herrschende Meinung behauptet, daß § 47 M.St.G.B. das Prüfungsrecht des Soldaten geregelt habe: „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers, . . . wenn ihm bekannt gewesen, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte." Es wäre ja möglich, daß ein Strafgesetz, statt, wie das St.G.B., staatsrechtliche Grundsätze vorauszusetzen, dieselben selbst festlegt. § 47 M.St.G.B. bestimmt, daß der gehorchende Untergebene wegen einer in Ausführung eines „Befehls in Dienstsachen" begangenen strafbaren Handlung nur in gewissen Fällen bestraft werden soll. Man schließt daraus, daß in den übrigen Fällen die Subordination vorgehe. Zwingend ist dieser Schluß nicht, jedoch hat er einen gewissen Anhalt an dem überall erkennbaren Bestreben, in möglichst ausgedehnter Weise die Disziplin zu sichern. Aber die Bestimmungen des § 47 M.St.G.B. sind derart, daß die darin enthaltenen Strafausschließungsgründe als Grenze für das Prüfungsrecht schlechterdings unmöglich sind. Das Resultat wäre einfach unsinnig. Eine Handlung, von der dem Untergebenen bekannt ist, daß sie ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckt, dürfte er nicht aus-

führen, ohne sich wegen ihrer strafbar zu machen, eine strafbare Handlung, von der ihm das nicht bekannt ist, oder eine Übertretung müßte er zur Vermeidung der Ungehorsamsstrafe begehen. Über die Bedeutung des Wortes „bekannt" herrscht Streit. Entweder ist die Kenntnis gemeint, daß ein Gesetz die Handlung als ein Verbrechen oder Vergehen bezeichnet: dieser Wortsinn ist absurd, oder es ist die Kenntnis der Strafbarkeit gemeint, oder das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, oder nur der gewöhnliche Vorsatz, die Kenntnis des Tatbestandes. Mag man nun annehmen, was man will, man muß, wenn die Schuldausschließungsgründe des § 47 das Prüfungsrecht bestimmen sollen, von dem Soldaten die genaue Unterscheidung der Übertretungen von den übrigen Delikten verlangen. Denn wegen der Übertretungen wird er nie bestraft, er müßte sie auch ausführen, wenn er die Strafbarkeit erkennt. Ferner fallen unter § 47 nur „Befehle in Dienstsachen", so daß auch deren Unterscheidung von einfachen „Dienstbefehlen" nötig wäre, und dabei haben sich das preußische und das bayrische Generalauditoriat nie über diesen Begriff einigen können. Wer also von dem Soldaten nicht verlangt, daß er in jedem Augenblick Übertretung von Vergehen unterscheidet und Dienstsachen von Privatsachen, der kommt zu dem Schluß, daß § 47 M.St.G.B. das Prüfungsrecht jedenfalls in dem angegebenen Sinne nicht geregelt hat. In Wirklichkeit mißbilligt der Paragraph jede auf nicht bindenden Befehl begangene Widerrechtlichkeit. Der einfache „Dienstbefehl" schützt den Gehorchenden nie vor Strafe, und durch den „Befehl in Dienstsachen" wird nur die Prüfungspflicht für den Untergebenen beseitigt. Das war nötig, weil das Leben des Soldaten, besonders in den unteren Rangstufen, fast nur durch Befehle geregelt wird, und er es deshalb leicht verlernt, sich ein eigenes Urteil zu bilden. Die Absicht des Gesetzgebers ist sicher die, daß der Untergebene keinen Befehl ausführen soll, von dem ihm bekannt ist, daß er eine verbotene Handlung bezweckt. Er soll bei einer strafbaren Handlung straffrei bleiben, wenn die Tat so geringfügig ist, daß sie das Strafgesetzbuch als Übertretung bezeichnet.

Natürlich schließt auch nach Militärstrafrecht der bindende Befehl die Widerrechtlichkeit aus. Aber die Frage, welcher Befehl bindend ist, wieweit somit das Prüfungsrecht reicht, läßt somit § 47 M.St.G.B. offen. Der Ausdruck „Verbrechen oder Vergehen bezweckt", wo man etwa erwartet „als Verbrechen oder Vergehen sich darstellt", weist darauf hin, daß der Gesetzgeber nicht nur den

objektiven Tatbestand, sondern zugleich den bösen Willen des Vorgesetzten im Auge hatte. Insofern deckt sich der Strafausschließungsgrund des § 47 M.St.G.B. mit dem auf der Verbindlichkeit des Befehls beruhenden Unrechtsausschließungsgrund.

§ 47 M.St.G.B. steht also durchaus mit dem Satze im Einklange, daß das Prüfungsrecht des Soldaten das gleiche sei wie das des Zivilbeamten. Über die einschlägigen Stellen des A.L.R. war oben (§ 14 S. 28/29) die Rede.

Lebenslauf.

Am 22. Januar 1890 bin ich, Karl Giehler, als Sohn des Königlichen Forstmeisters Wilhelm Giehler und seiner Ehefrau Laura geb. Hoyer in Straßebersbach, Dillkreis, geboren. Ich bin Preuße und evangelisch. In der Volksschule in Straßebersbach seit 1896 und Altreichenau, Kreis Bolkenhain, seit 1898, sowie außerdem in Einzelstunden bei Herrn Pastor Langer seit 1899 erhielt ich meine erste Schulbildung. Von 1901 bis 1908 besuchte ich das Gymnasium zu Schweidnitz, das ich mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte darauf 6 Semester Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Breslau und Berlin. Im Juli 1911 bestand ich am Königlichen Oberlandesgericht in Breslau das Referendar-Examen und bald darauf vor der hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau die mündliche Doktorprüfung. In dieser Zeit wurde ich auch zum Referendar ernannt und dem Amtsgericht in Liebau, sodann dem Landgericht in Hirschberg überwiesen, an dem ich jetzt beschäftigt bin.